tend, daß er das Eigenthum daran durch sein Haus, dessen Theile sie gewesen, ersessen habe. Solchen Eigenthumserwerb stellt Julian in Abrede, und ohne Zweifel mit Recht. Denn da der **dominus aedium** jene Thüren und Fenster vor ihrer Verbindung mit dem Hause nicht besessen, so konnte hier von einer Fortdauer des Besitzes, also einer Usucapion durch das Haus nicht die Rede seyn. Von den Endworten der Stelle: **nam quae alienis aedificiis connexa essent etc.** ist schon oben zur Begründung unserer Erklärung des „**utrumque maneat integrum**" in **L. 30. §. 1. D. de usucap.** Gebrauch gemacht.

Ich habe in den vorstehenden Zeilen mich lediglich auf die Darlegung meiner eigenen Ansicht beschränkt, und jede Polemik gegen die Meinungen Andrer absichtlich vermieden, indem bei einer Lehre, die ohnehin so viel des Schwankenden aufzuweisen hat, die Negirung der Behauptungen anderer nur geringen, wenn überhaupt einen Nutzen gewährt, so lange man nicht im Stande ist, an die Stelle des bisher Zweifelhaften, Unzweifelhaftes zu setzen, ein Prädicat, das ich für die von mir hier aufgestellten Ansichten in Anspruch zu nehmen wahrlich weit entfernt bin.

II.

Entwickelung der Lehre von der Bescheinigung im Civilprocesse.

Von
Herrn **W. Brauer**, Assessor im Justizministerium zu Karlsruhe.

§. 1.

Vorbemerkungen. Allgemeine Feststellung des Begriffs.

Es war eine der schwierigsten Aufgaben der Gesetzgebung, dem Richter vollständig die Bedingungen und Voraussetzungen anzugeben, unter welchen er eine bestrittene Thatsache für bewiesen, d. h. für juristisch gewiß halten dürfe. Die Er-

fahrung lehrt, daß der Mensch je nach der Entschlossenheit oder Bedächtlichkeit seines Charakters, je nach der Gläubigkeit oder Ungläubigkeit seines Gemüths, oder endlich je nach der durchdringenden Schärfe oder der schläfrigen Schwäche seines Verstandes unter denselben Verhältnissen eine Sache für wahr oder für zweifelhaft hält. Sollte daher das wohlerworbene Recht der Parthien nicht von den Gebrechen oder dem guten Willen des Richters abhängig gemacht werden, so konnte das Gesetz den bedenklichen Ausspruch nicht vermeiden, unter welchen Voraussetzungen der Richter verpflichtet sey, eine Thatsache für wahr zu halten. Aber anderseits durfte das freie Ermessen des erfahrnen Richters nicht vollständig gelähmt werden, der todte Buchstabe des Gesetzes nicht an die Stelle der lebendigen Ueberzeugung treten, es mußte daher gesorgt werden, daß der juristische Beweis (d. h. die Momente, welche gesetzlich berechtigen, eine Thatsache für wahr zu halten) mit dem natürlichen Beweis (d. h. den Momenten, welche einen vernünftigen Menschen bestimmen, eine Thatsache für wahr zu halten) möglichst übereinstimme. Dieses Problem suchte unsere gesetzliche Beweistheorie zu lösen, und daß sie es gelöst hat, soweit überhaupt Vollkommenheit unter der Sonne erwartet werden darf, zeigt die große Uebereinstimmung der Beweistheorieen in den Civilproceßordnungen der gebildeten Völker. Es ist hiernach eine Reihe von Mitteln gestattet, welche der Beweisführer dem Richter zur Begründung seiner juristischen Ueberzeugung vorlegen darf, die Gegenparthie wird darüber gehört, und kann, geleitet durch scharfen Blick des eigenen unmittelbaren Interesse, dem Richter die Schwächen und Unvollkommenheiten jener Beweismittel aufdecken, worauf dann der Letztere, Gründe und Gegengründe in der Waagschale des Gesetzes sorgfältig abwägend, seinen Ausspruch über das Ergebniß der Beweisführung thut. Dieses bedächtige und solenne Verfahren giebt den feierlichen Beweis, oder das, was man im gewöhnlichen Leben „Beweis“ nennt.

Aber wenn der Gesetzgeber die Nothwendigkeit fühlte, in Streitigkeiten, wobei es sich um einfache Verhältnisse handelt, oder wobei die Geringfügigkeit des Objects die Aufwendung der bedeutenden, mit einem solennen Verfahren verbundenen, Kosten nicht lohnt, von den außerwesentlichen Proceßformen möglichst viel nachzulassen, so mußte er folgerichtig diese Regel auch auf das Beweisverfahren anwenden. Man nannte früher fast allgemein diesen summarischen Beweis „Bescheinigung", und noch jetzt ist diese Terminologie nicht ganz aus der Wissenschaft verschwunden. Aber da man unter diesem Ausdruck einen auf wesentlich verschiedenen Grundlagen beruhenden Beweis versteht (wie im Verlaufe dieser Abhandlung näher auszuführen ist), der nimmermehr zur Grundlage einer definitiven Entscheidung genügen kann, so mußte diese Benennung in Theorie und Praxis zu den größten Verwirrungen führen [1]). Man ist auch jetzt wohl ziemlich allgemein davon abgekommen, diesen minder solennen Beweis „Bescheinigung" zu nennen.

Aber es können Fälle eintreten, wo selbst das Beweis-

1) Daß das Beweisverfahren im summarischen Processe alle wesentlichen Förmlichkeiten, welche für den ordentlichen Proceß vorgeschrieben sind, enthalten müsse, spricht das Gesetz geradezu aus. „Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur. cl. 2. de V. S. — Vergleiche Schneider vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise Th. II. Anm. LXXVII. p. 542. — Gönner Handbuch des gemeinen Processes B. 4. No. LXXXI. §. 14. p. 41 u. f. — Spangenberg, Commentar zur Hannövrischen Proceßordnung für die Untergerichte Abth. 2. p. 42. — Grolmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 229. — Linde Lehrbuch des Civilprocesses §. 382. — Heffter Institutionen des Civilprocesses p. 422. — Martin Lehrbuch des bürgerl. Processes §. — Mittermaier der gemeine teutsche Proceß. Beitrag 4 p. 142. — Bayer Vorträge über Civilproceß p. 442. 443. — Derselbe, Theorie der summarischen Processe §. 49. No. 17. p. 115 u. s. f.

verfahren, wie es im summarischen Processe üblich ist, unanwendbar wird. Wenn der Gläubiger erfährt, daß sein Schuldner in wenigen Stunden sich einschiffen, und ihn somit unwiderbringlich um seine Forderung bringen wird, oder wenn der Eigenthümer in dringender Gefahr ist, seine Sache durch die Eigenmacht eines Dritten beschädigt oder entfremdet zu sehn, wird selten genug Zeit übrig seyn, um dem Richter das Daseyn der Forderung und die dringende Gefahr nachzuweisen. Hier blieb nun die Wahl, entweder den Bürger rechtlos zu lassen, oder, seinem Vorbringen vertrauend, eine, dessen Anträgen entsprechende, Verfügung zu treffen. Die erste Alternative wäre mit der Idee eines vollkommenen Rechtsschutzes, welche der Staat realisiren soll, nicht vereinbar, aber auf der andern Seite wäre es gefährlich, den Behauptungen einer, dem Richter vielleicht persönlich gar nicht bekannten, Person in so weit zu trauen, um Anordnungen zu treffen, welche in das Rechtsgebiet des friedlichen Bürgers tief einschneiden, vielleicht sogar, wie z. B. Arrest auf Personen oder Sachen seiner Ehre oder seinem Credit einen empfindlichen Nachtheil zufügen könnten. Um hier zwischen beiden Extremen die rechte Mitte zu behaupten, erfand die Gesetzgebung, oder vielmehr die Praxis [2]) für solche eilende Fälle, in denen

2) Daß die römische Jurisprudenz schon unsere „Bescheinigung" gekannt habe, läßt sich nicht nachweisen, wird vielmehr durch einen Blick in die damalige bürgerliche Verfassung widerlegt; obwohl nicht bezweifelt werden kann, daß bei dem „summatim cognoscere" der Römer etwas Analoges vorkam. Vergleiche Savigny Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 6. p. 229—289. — Dagegen erwähnen die Reichsgesetze häufig die Bescheinigung z. B. Jüngster Reichsabschied §. 79. 103. — Kammergerichts-Visitationsabschied vom Jahr 1713 §. 19 u. s. w. — Nur läßt sich nicht behaupten, daß diese Beweisart durch jene Gesetze eingeführt wurde, und daraus ihre Natur und ihr Umfang vollständig deducirt werden könne. Das praktische Bedürfniß leitete zunächst darauf hin, weßhalb auch die Lehre consequent aus sich selbst entwickelt werden kann und muß.

eine vorsorgliche Maßregel schleunig getroffen werden soll, ein ganz eigenthümliches Beweisverfahren, welches man „Bescheinigung" nennt. Dieser Rücksicht stellte man dann die weitere an die Seite, daß im Laufe des Processes einer Parthie oft wegen Saumsel oder Formvernachläßigung Nachsicht gewährt werden muß, und dabei die Nachsichtsertheilung ohne allen Beweis eines Entschuldigungsgrundes ungeeignet wäre, das Gebot eines vollständigen Beweises aber einen unverhältnißmäßigen Aufwand von Zeit und Kosten verlangen würde.

Es charakterisirt sich dieses Beweisverfahren dadurch, daß die Beweismittel (oder hier richtiger Bescheinigungsmittel), welche producirt werden, sofort und ohne daß eine Erklärung des Gegners darüber nothwendig wäre, den Richter von der Realität der vorgetragenen Behauptungen zu überzeugen geeignet seyn müssen [3]. Bei den wenigen Garantien, welche damit für eine sichere Erforschung der Wahrheit gegeben sind, kann nur dringende Gefahr dasselbe rechtfertigen, und es kann keine weitere Folgen äußern, als welche zur Abwendung dieser Gefahr nothwendig sind. Sobald sie in so weit beseitigt ist, daß ein regelmäßiges Wechselverfahren der Parthien möglich ist, endigt die Kraft dieser provisorischen Ueberzeugung, und es muß der gegnerische Widerspruch durch Beweis paralysirt werden [4].

So schwierig die Theorie der Bescheinigung hiernach auch seyn muß, weil das Gesetz nur wenig Anhaltpunkte gab, weil sie ihrer Natur nach unbestimmter seyn muß, als die Beweistheorie, und endlich, weil Bescheinigung und Beweis oft in demselben Verfahren, ich möchte sagen, unmerklich in einander überfließen, so ist dieselbe gleichwohl nur wenig erörtert. Unsere Lehrbücher begnügen sich mit der Aufstellung des Begriffs,

---

3) Jordan in Weiske's Rechtslexicon s. v. Beweis Band II. p. 120.

4) Jordan a. a. O.

und geben bei den einzelnen Arten des summarischen Processes, wo sie Anwendung findet, zerstreute Regeln, die nach den einzelnen Proceßarten gewöhnlich verschieden sind [5]).

Dankenswerth ist besonders Puchta's treffliche Abhandlung [6]), welche sich ausschließlich mit diesem Gegenstande beschäftigt. Wenn ich neben dieser Monographie gleichwohl diesen Stoff zu bearbeiten unternehme, so leitet mich zunächst die Rücksicht, daß Puchta die Lehre nicht erschöpft hat, weil er nur die Unterschiede zwischen Beweis und Bescheinigung darzustellen sich vorgesetzt hatte, die nähere Entwickelung aber der Anwendung überließ. Zugleich hatte ich noch die weitere Veranlassung dazu, daß ich mich mit den Ansichten des verehrten Verfassers nicht überall vereinigen, kann und daher versuchen wollte, meine abweichende Theorie zu begründen.

Wenn Puchta den Richter, der über die Erheblichkeit einer beigebrachten Bescheinigung urtheilt, in die Kategorie eines Geschwornen setzt [7]), so konnte er eine nähere Ent-

---

5) Sowohl in meiner jetzigen Dienststellung, vermöge deren ich Mitglied einer Prüfungscommission bin, als in meiner frühern, welche mir Gelegenheit darbot, angehende Praktikanten aus der Schule in's Leben überzuführen, machte ich die Bemerkung, wie wenig aufgeklärt die Begriffe der Anfänger über das Wesen der Bescheinigung sind. Gewöhnlich wird hier alles auf das dunkle Gefühl eines „unvollständigen Beweises" zurückgeführt, und in der Anwendung nichts als Bescheinigungsmittel zugelassen, wie etwa — eine Urkunde. Ich glaube, daß dies theilweise durch die Stellung verschuldet ist, welche dieser Lehre in unsern gebräuchlichsten Compendien angewiesen ist, und kann den Wunsch nicht unterdrücken, daß bei spätern Auflagen neben der Theorie des Beweises auch die Theorie der Bescheinigung vollständig und im Zusammenhang dargestellt werde — eine Verbesserung, die auf wenige Paragraphen beschränkt werden kann!

6) W. H. Puchta über den Unterschied zwischen Beweis und Bescheinigung in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Band I. Jahr 1828 p. 293–307.

7) Puchta a. a. O. p. 306.

wickelung der Bescheinigungstheorie unterlassen, und den Richter, dem englischen oder französischen Geschwornen gleich, lediglich auf das Gesetzbuch seines Innern verweisen. So sehr ich die Richtigkeit der Analogie zugeben muß, wenn man darunter nichts weiter verstehen will, als daß hier für den Richter minder feste und vollständige Regeln aufgestellt werden können, wie im gewöhnlichen Beweisverfahren, sowenig kann ich ihre Wahrheit anerkennen, wenn damit gesagt seyn soll, der Richter dürfe mit Hintansetzung aller Regeln blos seinem subjectiven Fürwahrhalten, also gleichsam dem juristischen Instinct, folgen. Auch hier müssen Grundsätze aufgestellt werden können, wornach der Richter in allen Fällen berechtigt ist, eine Thatsache für „bescheinigt" zu halten, es wird daher die Darstellung der einzelnen Bescheinigungsmittel und der Voraussetzungen ihres Gebrauchs einen nicht unwesentlichen Theil dieser Abhandlung ausmachen.

I. Unterschied zwischen Beweis und Bescheinigung.

1) Die Bescheinigung giebt mindere Wahrscheinlichkeit.

§. 2.

Man sieht den wesentlichen (und einzigen Haupt-) Unterschied zwischen Beweis und Bescheinigung gewöhnlich darin, daß ersterer eine juristische Gewißheit gebe, letzterer eine bloße Wahrscheinlichkeit. Bescheinigung soll hiernach ein unvollständiger Beweis seyn, der eine bloße Wahrscheinlichkeit begründet, „die aber die Gesetze in gewissen Fällen ausnahmsweise zu einer juristischen erheben, und zugelassen haben, daß solche zur richterlichen Ueberzeugung hinreichen kann" [8]). Ich halte diese Begriffsbestimmung in

---

8) Puchta a. a. O. p. 301. — Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit Theil II. p. 324 redet geradezu von „einem halben gesetzlichen Beweis", der an sich schon einen solchen Grad der Wahrscheinlichkeit erreicht, nach welchem man in gewöhnlichen

mehrfacher Beziehung für unrichtig. Unwahr und zu Verwirrungen führend ist es zunächst, wenn man die Bescheinigung einen unvollständigen oder halben Beweis nennt. Wenn der Kläger im ordentlichen Processe in der Periode des Beweisverfahrens einen klassischen Zeugen producirt, der zu seinen Gunsten aussagt, so ist nicht zu bestreiten, daß er einen unvollständigen (halben) Beweis erbracht habe, aber man kann nicht sagen, daß er seine Forderung bescheinigt habe. Umgekehrt bescheinigt der Arrestkläger seinen Anspruch, wenn er eine formgültige Privaturkunde vorlegt, aber man kann nicht behaupten, daß er einen unvollständigen Beweis erbracht habe, vielmehr wird er seiner Zeit im Verfahren über die Hauptsache mit derselben Urkunde den vollständigen Beweis seiner Forderung liefern können. Beweis und Bescheinigung sind generisch verschieden, man kann daher letztere nicht als einen geringern Grad des erstern charakterisiren. Aber auch die Behauptung, daß Beweis eine juristische Gewißheit, Bescheinigung nur Wahrscheinlichkeit hervorbringe, ist in der Allgemeinheit, wie sie gewöhnlich aufgestellt wird, gewiß logisch unrichtig. Die Jurisprudenz kennt keinen streng mathematischen Beweis, der die Möglichkeit des Gegentheils ausschlösse. Beweis giebt daher immer nur diejenige Wahrscheinlichkeit, welche die Gesetze für hinreichend erklären, um das Recht darnach zu entscheiden [9]). Ganz dasselbe gilt auch von der Bescheinigung, denn sie ist gleichfalls eine Wahrscheinlichkeit, welche die Gesetze für hinreichend erklärt haben, um in gewissen provisorischen Fällen darnach zu entscheiden. Beide

---

Angelegenheiten des Lebens sich zu entscheiden pflegt. — Vergleiche noch Bayer a. a. O. B. I. p. 442 — Spangenberg a. a. O. Abth. 2. p. 43. — Mittermaier a. a. O. Gönner a. a. O. B. 4. LXXIV. §. 12. p. 315. — Martin a. a. O. §. 228.

9) Vorst die Beweislast im Civilprocesse §. 34 p. 44.

geben daher bloße Wahrscheinlichkeit, und beide — je nachdem die Gesetze die eine oder die andere für hinreichend erklärt haben — eine juristische Gewißheit.

Freilich bestätigen die Reichsgesetze den gewöhnlichen Sprachgebrauch, indem sie in derartigen Fällen verlangen, daß die Behauptungen der Parteien „versimiliter bescheint" [10]), oder „etlichermaßen bescheinigt" [11]), oder endlich „etlichermaßen beigebracht und erwiesen" [12]) seyn müssen. Aber dennoch scheint es mir bedenklich, hier zu viel Gewicht auf den gesetzlichen Sprachgebrauch zu legen, weil daraus leicht unrichtige Folgerungen gezogen werden können. So viel kann allein zugegeben werden, daß die Wahrscheinlichkeit, welche sich in Folge der Bescheinigung darstellt, in der Regel eine weit geringere seyn wird, als die, welche aus einem Beweise erzeugt wird, aus dem einfachen Grund, weil der Bescheinigung kein Productionsverfahren zur Seite steht (§. 5), sie somit der Hauptgarantien entbehrt. Aber es läßt sich nicht behaupten, daß in jedem Falle die Wahrscheinlichkeit eine geringere seyn müsse. Es kann leicht vorkommen, daß der Impetrant im Arrestprocesse seine Forderung oder selbst die Arrestgefahr durch eine öffentliche im Original vorgelegte Urkunde bescheinigt (vergl. §. 9.) und man wird dann doch gewiß nicht behaupten wollen, daß aus derselben eine geringere Wahrscheinlichkeit hervorgehe, als aus einer vielleicht minder zuverläßigen Urkunde, die im Wege des gewöhnlichen Processes producirt wurde. Und sollte die Wahrscheinlichkeit, die der Kläger im Besitzprocesse durch die urkundlich beigebrachte Aussage zweier classischer Zeugen darstellt, geringer seyn, als die, welche aus der Abhör von zwei verdächtigen Zeugen im gewöhnlichen Processe entsteht?

Frägt man weiter, wie groß diese Wahrscheinlichkeit seyn

---

10) Reichsabschied v. J. 1594 §. 79.

11) Reichsabschied v. J. 1654 §. 79.

12) Reichsabschied v. J. 1654 §. 83.

müsse, wenn sie eine hinreichende Bescheinigung begründen soll, so wird gewöhnlich geantwortet, daß sie den Grad erreicht haben müsse, nach welchem man in gewöhnlichen Angelegenheiten des Lebens sich zu entscheiden pflege [13]), oder daß sie von der Erheblichkeit seyn müsse, daß sie nach sorgfältiger Erwägung der Umstände des Falls die Gründe für die Annahme des Gegentheils überwiege [14]). Dagegen läßt sich an sich freilich nichts einwenden, denn ich nenne ein Ereigniß wahrscheinlich, wenn die Gründe für dessen Eintreten die Gegengründe überwiegen. Ob aber damit für die Anwendung irgend ein erhebliches Ergebniß geliefert sey, möchte ich bezweifeln. Wenn hier nicht alles subjectiven Ansichten überlassen bleiben soll, müssen, ähnlich wie beim Beweisverfahren, allgemeine Voraussetzungen gegeben werden, welche unter allen Umständen den Richter ermächtigen, eine Thatsache für hinreichend wahrscheinlich (bescheinigt) zu halten.

§. 3.

Der Beweis, der ordentliche wie der summarische, ist für alle Rechtsstreitigkeiten gleichförmig, und der Richter ist nicht berechtigt, ihn je nach den Umständen mit strengerm oder mildern Auge zu beurtheilen. Gleichwohl behauptet man allgemein für die Bescheinigung das Gegentheil. Die Bescheinigung, welche den Richter z. B. zur Anlegung eines Arrests bestimmen darf, soll unter Umständen weit geringer seyn können, als diejenige, welche ihn etwa ermächtigen würde, in Streitigkeiten über den jüngsten Besitz einzuschreiten. Der Richter soll hienach zunächst überlegen, wie wichtig oder präjudicirlich die Verfügung sey, die bei ihm beantragt wird, und je nach dem Grade ihrer Wichtigkeit auch mit der zu verlangenden Bescheinigung strenger oder minder streng seyn [15]).

---

13) Globig a. a. O. Theil II. p. 324.
14) Puchta a. a. O. p. 304.
15) Puchta a. a. O. p. 304. — Schneider a. a. O. Theil II.

Gewiß ist, daß diese Unterscheidung nicht in den Aussprüchen der Gesetze gesucht werden dürfe, denn die wenigen Stellen aus den Reichsgesetzen, welche von der Bescheinigung reden, enthalten nicht das mindeste, was darauf hinleiten könnte. Eben so wenig wird nachgewiesen werden können, daß eine constante Praxis sich dafür erklärt habe. Wenn ein Richter es minder genau mit der Bescheinigung nimmt, als der andere, so liegt der Grund zunächst darin, daß seine Wahrscheinlichkeits-Theorie auf einer breitern Basis ruht, und ihn die Wissenschaft hier meist im Stiche läßt. Zieh'n wir aber die praktische Jurisprudenz zu Rathe, welche sich in den neuesten Gesetzgebungen offenbart, so finden wir — wenigstens so weit meine Erfahrungen reichen — diesen Grundsatz gleichfalls nirgends durchgreifend und ausdrücklich anerkannt. So erklärt der bayerische Entwurf vom Jahr 1827 [16]) nur ganz allgemein: „Wenn die Gesetze bloße Bescheinigung erfordern, so genügen solche Beweise oder Beweisbehelfe, durch welche hinsichtlich der in Frage stehenden Thatumstände eine Wahrscheinlichkeit nach richterlichem Ermessen begründet wird", und zählt dann, um allen Zweifel zu zerstreuen, diejenigen Beweisbehelfe auf, welche als Bescheinigungsmittel dienlich sind.

Der Entwurf vom Jahr 1831 [17]), welcher sich in gleichem Sinne ausspricht, unterläßt zwar die Aufzählung der einzelnen Bescheinigungsmittel, und giebt somit der Praxis einen weitern Spielraum, aber daraus scheint mir noch keineswegs zu folgen, daß dem Richter gestattet werden sollte, nach den Umständen des Falls strenger oder milder zu seyn.

Tit. 14. §. 435. Spangenberg a. a. O. p. 43. — Bayer a. a. O. Band II. §. 32. p. 70. 71.

16) Revidirter Entwurf der Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. München 1827 §. 218. — Aehnliche Bestimmungen enthält der bair. Entwurf vom Jahr 1825 §. 735.

17) Entwurf der Civil-Gerichtsordnung. München 1831 §. 221

Aehnlich drückt sich die Badische Proceßordnung aus, welche definirt [18]): „Wo die Gesetze bloße Bescheinigung fordern, genügen solche Beweismittel oder Beweisgründe, welche hinsichtlich der in Frage stehenden Thatumstände nach den allgemeinen Beweisregeln keine vollständige rechtliche Gewißheit, sondern bloße Wahrscheinlichkeit hervorbringen.“ Diese etwas unklare und unrichtige Begriffsbestimmung wird sodann durch eine Aufzählung der gewöhnlichsten Bescheinigungsmittel erläutert und veranschaulicht. Hiernach wird der Badische Richter nicht in der Lage seyn, verschiedene Grade der Bescheinigung, je nach den Umständen des einzelnen Falls, für hinreichend zu erklären, und doch glaubte der Badische Gesetzgeber in dieser Materie sich genau an das gemeine Recht anzuschließen [19]).

Ich wüßte keinen Grund, worauf sich die gewöhnliche Doctrin etwa stützen könnte, als die Natur der Sache. Aber auch diesen kann ich nicht für erheblich ansehen. Es ist zwar richtig, daß z. B. im Arrestprocesse die Gefahr je nach den Umständen dringender oder entfernter seyn kann. Der Impetrant, dessen Schuldner auf der Flucht und bereits der Grenze nahe ist, schwebt in einer weit dringendern Gefahr, seine Forderung zu verlieren, als der, welcher gegen einen ausländischen, sich auf längere Zeit im Lande aufhaltenden Schuldner aus dem Grunde die Anlegung des Arrests verlangt, weil ihm beim auswärtigen Gerichte die Rechtshülfe verweigert wurde. Man kann nun allerdings sagen, es sey billig, daß Gefahr und Bescheinigung im umgekehrten Verhältnisse stehen, und um so weniger verlangt wird, je näher die Gefahr bevorsteht. Aber eine genaue Probe hält auch diese Schlußfolgerung nicht aus. Nur für dringende Gefahr ist erlaubt, auf eine bloße Bescheinigung hin einen rich-

18) Badische Proceßordnung vom Jahr 1832 § 395.

19) v. Weiler Motive zum Entwurf der Badischen Proceßordnung p. 33.

terlichen Befehl zu erwirken, und da wäre es eine gewaltige Subtilität, noch zwischen dringend und sehr dringend unterscheiden zu wollen. Gewöhnlich läßt sich dies auch im ersten Augenblick noch gar nicht entscheiden, und doch leidet die beantragte Verfügung keinen Aufschub. Zudem hat die Praxis gerade für den Fall einer unvollständigen Bescheinigung die Cautionsleistung gestattet (§. 6.) und damit die Möglichkeit gegeben, solche zu ergänzen. Endlich steht der Dringlichkeit der zu treffenden Maßregel auch die Rücksicht auf ihre Präjudicirlichkeit entgegen, welche gleich kategorisch gebietet, nicht leichthin zu so extremen Mitteln zu greifen.

Betrachtet man die zweite Klasse von Fällen, in welchen die Gesetze Bescheinigung erlauben (§. 8), so ist zwar gewiß, daß hier von einer Gefahr überall nicht die Rede ist, aber im Interesse der Zeit- und Kostenersparung glaubte der Gesetzgeber für solche unverfängliche Gesuche (z. B. um Fristerstreckung) das andernfalls nöthige Incidentverfahren beseitigen zu können. Er wollte aber gewiß nicht für diese Klasse eine strengere Bescheinigung verlangen (zu einer geringern wäre ohnehin kein Grund vorhanden), sondern er wollte — und das wollte er bei der ersten Klasse gleichfalls — daß die Gründe pro die Gründe contra überwiegen sollen, denn sonst ließe sich von einer Wahrscheinlichkeit gar nicht reden!

§. 4.

2) Die Bescheinigung muß sofort mit dem zu bescheinigenden Gesuche beigebracht werden.

Während das Beweisverfahren im ordentlichen Processe einen abgesonderten Haupttheil, gleichsam dessen zweiten Aufzug, bildet, und nur ausnahmsweise und zufällig mit dem ersten Abschnitt verbunden zu werden pflegt, ist die Bescheinigung nothwendig und wesentlich eine anticipirte Beweisführung, d. h. sie muß immer mit dem Gesuche selbst verbunden seyn. Dies ist auch beiläufig in den Reichsgesetzen ausgesprochen. So sagt der jüngste Reichsabschied

bezüglich auf unbedingte Mandate [20]: „Alle Supplicanten sollen ihre **narrata** zugleich etlichermaßen bescheinigen", und in Bezug auf Pervocationsklagen [21], „die angegebene Diffamation müsse noch vor der Ladung etlichermaßen beigebracht und erwiesen seyn." In gleicher Weise verlangt das Concept einer neuen Kammergerichtsordnung im Tit. **XXII.** §. 5, daß zu Erwirkung von provisorischen Mandaten die vorstehende Gefahr „etlichermaßen und **summarie** zuvor dargethan und beschienen" werden müsse. Eine durchgreifende Vorschrift dürfen wir freilich in den Gesetzen nicht suchen, da diese Lehre sich aus der Praxis entwickelte. Wenn man aber den Grund nicht aus dem Auge verliert, der diese Beweisart veranlaßte, so muß man zugeben, daß der aufgestellte Satz klar aus der Natur der Sache abquelle. Gerade die Erwägung, daß „**ob periculum in mora**" oder „**ob damnum irreparabile**" oft so schnell eingeschritten werden muß, daß eine auch noch so summarische Beweisführung zu langsam erscheinen würde, rief das Institut der Bescheinigung in's Leben. Wenn dann zugleich auch bei einzelnen unschädlichen Verfügungen, z. B. Fristerstreckungen, die Bescheinigung aus dem Grunde statt des Beweises gewählt wurde, damit nicht durch Zwischenprocesse Zeit und Kosten unnöthig verschwendet würden, so führte auch diese Rücksicht zu demselben Ergebniß, denn der beabsichtigte Zweck wäre nur wenig erreicht, wenn man eine Nachbringung der Bescheinigung erlauben würde.

Es lassen sich hieraus zweierlei Regeln ableiten, die in der Theorie nicht überall anerkannt werden, einmal, daß die Bescheinigung nicht nachgebracht werden kann, weil der Richter die gebetene Verfügung abschlagen muß, wenn solche fehlt, dann, daß nie auf Bescheinigung oder bessere Bescheinigung erkannt werden darf.

---

20) Reichsabschied v. J. 1654 §. 79

21) Ebendaselbst §. 83.

Wenn eine wiederholte Fristerstreckung nachgesucht, und der Hinderungsgrund zwar angeführt, aber nicht bescheinigt, ist, so fällt es dem Richter nicht im Entferntesten ein, dem Nachsuchenden einen Termin festzusetzen, binnen welchem er bei Vermeidung des Ausschlusses seine Bescheinigungsmittel beizubringen habe, vielmehr wird die Fristbitte einfach abgeschlagen, und weiter procedirt, wie wenn solche gar nicht eingekommen wäre. Ist die Frist, um deren Erstreckung gebeten wird, noch im Lauf, so ist der Parthie freilich gestattet, während der ganzen Dauer derselben das Gesuch unter Nachbringung der Bescheinigung zu wiederholen. Aber dies verstößt nicht gegen die aufgestellte Regel. Die Bescheinigung bildet einen wesentlichen Bestandtheil der Fristbitte, ihr Mangel hat daher die Wirkung, daß das Gesuch angebrachtermaßen verworfen wird, woraus dann von selbst folgt, daß der Fehler verbessert werden dürfe.

Ganz das Gleiche gilt bei Provocationsklagen. Auch hier ist man allgemein darüber einig, daß ein unbescheinigtes Gesuch einfach zurückgewiesen werden müsse, ohne daß ein Termin zur Beibringung der Bescheinigung anzusetzen wäre. Natürlich steht es dem Richter frei, den Aufforderungskläger — statt seine Klage angebrachtermaßen abzuweisen — „**ad emendandum**“ vorzuladen, und dann je nach dem Ergebniß das Gesuch zurückzuweisen oder demselben statt zu geben, aber dies ist blos eine Verschiedenheit der Form, die am Wesen nichts ändert [21 a]).

Bei dem Mandatsprocesse kommen dieselben Regeln zur Anwendung. Daß in diesem Verfahren nicht selten Beweiserkenntnisse vorkommen, ist zwar richtig, widerstreitet aber der aufgestellten Regel gleichfalls nicht. Indeß kann die nä-

---

21 a) Daß in diesem Processe auf „bessere Bescheinigung“ erkannt werden dürfe, behauptet Mittermaier a. a. O. IV. p. 275. Vergleiche dagegen diese Abhandlung §. 8, besonders die in Note 51 angeführte Gesetzesstelle.

here Entwickelung hier umgangen werden, da im §. 7 hiervon ausführlicher geredet wird.

In Bezug auf den Arrestproceß wird von zwei ausgezeichneten Rechtslehrern das Gegentheil behauptet [22]), indem sie annehmen, daß der Richter zur nähern Aufklärung des Factischen auf Bescheinigung interloquiren dürfe. Aber einmal soll die Arrestklage bereits gehörig bescheinigt seyn, und dann hat die Rechtfertigungstagfahrt gerade den Hauptzweck, eine Vervollständigung der Bescheinigung für den Fall möglich zu machen, daß durch das Vorbringen des Impetraten die Mangelhaftigkeit der mit der Klage beigebrachten Bescheinigung aufgedeckt würde. Ich halte daher diese Ansicht für unvereinbar mit dem Wesen des Arrestprocesses [23]).

§. 5.

3) Die Bescheinigung veranlaßt kein Productionsverfahren.

Der wesentlichste Unterschied zwischen Beweis und Bescheinigung liegt unstreitig darin, daß bei Letzterer ein Productionsverfahren nicht stattfindet. Gerade darin beruht die längere Dauer des Beweisverfahrens. Auch der anticipirte Beweis, der insofern mit der Bescheinigung übereinstimmt, daß er gleich mit dem Vortrag der Thatsachen verbunden wird, unterscheidet sich dadurch von demselben, daß die Beweismittel nicht sofort beigebracht, sondern zunächst nur vorgeschlagen werden. Sowohl die Prüfung über deren Zulässigkeit und Erheblichkeit, als die wirkliche Benützung derselben, endlich die Eröffnung des Resultats der Beweisführung und das Schlußverfahren machen einen Zeitaufwand nöthig, der sich mit dem Zwecke, der durch die Bescheinigung

---

22) Martin a. a. O. §. 248 Note c. — Heffter a. a. O. p. 430.

23) Vergleiche Gensler Commentar zu Martin II. p. 58. — Linde a. a. O. §. 532. — Mittermaier a. a. O. p. 215. — Bayer a. a. O., Theil II. §. 37. p. 77.

erreicht werden soll, nur schlecht vereinigen würde. Bei der Letztern wird das Bescheinigungsmittel sogleich producirt, und der Richter schöpft aus demselben unmittelbar, und ohne zuvor die Gegenparthie darüber zu hören, seine rechtliche Ueberzeugung [24]. Aus diesem charakteristischen Unterschied beantwortet sich auch die Frage, von welcher weiter unten (§. 9 u. f.) ausführlicher gehandelt wird, in wiefern ein Beweismittel als Bescheinigungsmittel benützt werden könne [25].

Aber nicht nur muß behauptet werden, daß der Gegner über die beigebrachten Bescheinigungsmittel nicht gehört zu werden brauche, daß er sogar in der Regel nicht darüber gehört werden könne, weil die erbetene Verfügung gleich auf das bescheinigte Gesuch erfolgt, sondern man kann in gewissem Sinne sagen, daß er darüber gar nicht gehört werden dürfe. Dies wird besonders bei einer Bescheinigung, die durch Privaturkunden erfolgt, recht anschaulich. Es ist allgemein anerkannt, daß eine in Urschrift beigebrachte Privaturkunde unter Umständen eine hinreichende Bescheinigung liefern könne [26]. Unbedenklich läßt man den Arrestproceß zu, wenn die Foderung auf diese Weise bescheinigt ist. Wollte man nun in der Rechtfertigungstagfahrt den Impetraten (ähnlich wie in der Productionstagfahrt im gewöhnlichen Verfahren) über die Urkunde abhören [27], so wäre die Durchführung des Arrestprocesses fast ganz unmöglich. Der Arrestbeklagte würde

24) Jordan a. a. O. p. 120. Wenn übrigens dieser Schriftsteller behauptet, die Bescheinigung veranlasse in der Regel kein besonderes Beweisverfahren, so fügt er eine Beschränkung bei, die sich nicht wohl rechtfertigen läßt und die ohne nähere Begründung nur zu Verwirrungen führt.

25) Bayer a. a. O. II. §. 16. Note 5 p. 46.

26) Das Nähere im §. 9.

27) Gensler in seinem Commentar (ed. Morstadt) p. 51, der dies sogar vorschreibt, mißkennt offenbar die Natur der Bescheinigung.

die Urkunde einfach abläugnen, wodurch er dann dem Arrestkläger die Bescheinigung der Foderung zerstörte. Letzterer könnte, wofern er nicht andere minder anfechtbare Bescheinigungsmittel zur Hand hätte, nur die eidliche Abläugnung der Urkunde oder die Zulassung zum Aechtheitsbeweise verlangen. Beides würde ein Verfahren veranlassen, was sich mit dem Arrestprocesse nicht vereinigen ließe, und der Richter müßte unter Verwerfung dieser Anträge den erkannten Arrest wieder aufheben. Aus diesem Grunde kann der bloße Widerspruch, den der Beklagte einer bescheinigten Thatsache entgegenhält, durchaus von keiner Wirkung seyn [28].

Man könnte freilich aus dem angeführten Beispiele auch ein Gegenargument schöpfen. Wenn der Impetrat die vorgelegte Privaturkunde nicht abläugnen darf, so muß umgekehrt jeder leichtsinnige Geselle im Stande seyn, mit Bequemlichkeit einen Arrest gegen mich zu erwirken. Er läßt sich von einem beliebigen Dritten eine Urkunde, auf meinen Namen lautend, ausstellen, und begründet darauf hin ein Arrestgesuch. Der Arrest wird erkannt, und nun sollen mich alle Betheuerungen, daß die Urkunde nicht von mir herrühre, durchaus nichts helfen, ich soll mich schweigend den Chikanen eines gewissenlosen Gegners unterwerfen müssen? So einleuchtend dieser Einwurf auf den ersten Anblick erscheinen mag, so wenig hält er die Probe aus. Es wird weiter unten (§. 9.) erläutert werden, daß eine Privaturkunde nicht ohne Weiteres und unter allen Umständen als eine hinreichende Bescheinigung gelten könne, daß vielmehr noch weitere Garantien ihrer Aechtheit hinzutreten müssen. Jedenfalls steht dem Producten ein anderer Rechtsbehelf offen, welcher dem Gegenbeweise analog ist, aber auf einer viel breitern Basis ruht — die Gegenbescheinigung. Sowohl durch eine in sich wahrscheinliche und vollständige Darstellung des Factischen, durch

---

28) Bayer a. a. O. II §. 36. Note 2. p. 75. 76.

Aufdeckung der Gebrechen der beigebrachten Bescheinigungsmittel (**exceptio sub-et-obreptionis**) als durch die Beibringung von Gegenbescheinigungsmitteln kann der Product die Gründe, welche die Behauptungen seines Gegners wahrscheinlich machen, contrebalanciren und dadurch die Bescheinigung, welche anfangs genügend erschien, wieder zerstören. Endlich wird weiter unten gezeigt werden (§. 7. 8.), daß die Bescheinigung in den wichtigsten Fällen nur eine vorübergehende Wirkung hat, und dadurch entkräftet werden kann, daß die Sache in den Weg des unbestimmt summarischen oder gar des ordentlichen Processes übergespielt wird.

§. 6.
4) Die Bescheinigung kann nicht durch einen Notheid ergänzt werden.

Schon aus der im §. 4. aufgestellten Regel, daß die Bescheinigung zugleich mit dem Gesuche beigebracht werden müsse, folgt der weitere Satz, daß sie immer gehörig d. h. vollständig beigebracht werden müsse. Bei einem mangelhaften Beweise im gewöhnlichen Verfahren erkennt der Richter auf einen Notheid, weil man die Parthie nicht rechtlos lassen kann, welche ihre Ansprüche wenigstens theilweise nachgewiesen hat. Mit dem Zwecke der Bescheinigung ließe sich aber ein solcher Notheid nicht vereinigen. Einmal vertrüge es sich nicht mit der Raschheit, welche mit dieser Beweisart verbunden seyn muß, daß der Richter noch vor Erlassung der Verfügung einen Notheid auferlegte, dann widerspräche es auch dem bekannten Grundsatze des Proceßrechts, wornach ein Notheid nicht durch ein einfaches Decret auferlegt werden darf. Mehr enthält nämlich die richterliche Verfügung nicht, welche auf eine Bescheinigung hin erwirkt werden kann, wenn sie auch unter der Gestalt eines Mandats, also, so zu sagen, in Urtheilsform erlassen wird [29]. Endlich wäre es ein ge-

---

29) Bayer a. a. O. II. §. 6. Note 1. p. 16.

fährlicher Mißbrauch des Eids, ihn überall, und ehe die Verhältnisse genauer abgewogen werden können, zuzulassen.

Auf der andern Seite läßt sich aber nicht verkennen, daß auch bei der bloßen Bescheinigung das praktische Bedürfniß auf ein solches Beweisergänzungsmittel hinleitete. Je dringender die Gefahr, die ich durch mein Gesuch abwenden will, und je kürzer also die Zeit zur Ueberlegung abgemessen ist, desto weniger wird die Parthie im Stande seyn, immer das nöthige Maß der Bescheinigung beizuschaffen. Unbillig wäre es aber auch, in einem solchen Fall die Parthie, welche ihre Ansprüche und die Gefahr des Verlusts bei längerer Zögerung, wenn auch nur in sehr geringem Grade wahrscheinlich gemacht hat, ohne alle Hülfe zu lassen. Um diesem Mißstande abzuhelfen, erschuf die Praxis [30]) ein Surrogat — die Cautionsleistung [31]), welches wegen seiner Zweckmäßigkeit auch in die neuern Gesetzgebungen überging [32]).

Es wäre gefährlich, die Sicherheitsleistung als Bescheinigungsmittel gelten zu lassen [32a]), weil der Reiche so wie der ganz Vermögenslose der die Kosten eines möglichen Regresses nicht scheut, oder der Ränkesüchtige, der die Chancen eines solchen zu seinen Gunsten zu wenden hofft, sonst leicht sich einen drückenden Mißbrauch zu Schulden kommen lassen

---

30) Auch in der Reichsgesetzgebung finden sich übrigens Spuren von einer solchen Cautionsleistung. Vergleiche den §. 86 des Reichsabschieds vom Jahr 1594.

31) Puchta a. a. O. p. 305.

32) Oestreichische allgemeine Gerichtsordnung §. 277. Badische Proceßordnung §. 687: „Fehlt es an zureichender Bescheinigung, so kann der Arrest, wenn die Ansprüche nach „den angeführten Thatumständen nicht ohne Grund scheinen nnd „die Gefahr des Verlusts ohne Verhängung des Arrests wahrscheinlich ist, gegen vom Arrestkläger zu stellende Sicherheit für „Kosten- und Schadensersatz gleichwohl erkannt werden.“

32 a) Mittermaier a. a. O. IV p. 238 behauptet, wenigstens für den Arrestproceß das Gegentheil.

könnte. Aber ebenso wahr bleibt es, daß die geringe Wahrscheinlichkeit, welche eine ungenügende Bescheinigung giebt, bedeutend dadurch verstärkt wird, daß der Beweisführer Sicherheit leistet. Natürlich kann nur eine wirkliche Leistung, nicht aber das bloße Versprechen genügen. Es ist bekannt, wie geneigt die Menschen sind, derartige Zusicherungen zu geben, darum würde eine solche die Wahrscheinlichkeit der aufgestellten Behauptungen nur sehr wenig erhöhn. Aber die baare Hinterlegung einer Summe, selbst die Stellung eines tüchtigen Bürgen zeigt, daß der Impetrant von der Richtigkeit seiner Ansprüche überzeugt sey, und kann daher wohl zur Ergänzung der Bescheinigung benützt werden.

Es hat diese Sicherheitsleistung darin mit dem Notheid eine große Aehnlichkeit, daß sie gleichfalls nicht als selbstständiges Beweis- (resp. Bescheinigungs-) Mittel benützt werden kann, sondern nur zur Ergänzung einer Unvollständigkeit in dieser Beziehung dient. Sie nähert sich mehr dem Erfüllungseide, und zwar um deßwillen, weil sie nur dem Beweisführer, nicht dem Beweisgegner, obliegt [33]), aber wesentlich ist sie von dem Notheid darin verschieden, daß sie nicht vom Richter auferlegt, sondern vom Beweisführer freiwillig geleistet wird.

Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß diese Sicherheitsleistung nicht überall anwendbar ist, wo die Gesetze Bescheinigung fodern. Wo Letztere nicht zur Abwendung einer Gefahr, sondern nur, um Weitläufigkeiten zu vermeiden, eingeführt ist, da kann von Ersterer nicht die Rede seyn. Wer eine Fristerstreckung nachsucht, oder eine Provocationsklage

33) Freilich kann sich der Beweisgegner auch seinerseits durch Bestellung einer Sicherheit befrein. Aber solche hat mit dem Reinigungseid keine Aehnlichkeit, weil sie eben sowohl bei vollständiger, wie bei unvollständiger Bescheinigung anwendbar ist, und in Wahrheit ein Nachgeben gegen die Kläger'schen Ansprüche enthält, indem die vorhandene Gefahr auf diese Weise beseitigt wird.

anstellt, hatte hinreichende Muße, für eine gehörige Bescheinigung zu sorgen, es läge daher in der Zulassung einer Caution zu viel Milde; deßhalb hat auch die Praxis in solchen Fällen nie eine Ergänzung der Bescheinigung durch Sicherheitsleistung zugelassen, und mit Recht, da hier eine solche in keiner Weise geeignet wäre. Wohl aber wird sie da stets anwendbar seyn, wo ein **periculum in mora** vorliegt. Deßhalb läßt sie die Praxis namentlich bei Arrestklagen zu [84]), doch wird sie auch bei provisorischen Mandaten nicht beanstandet werden können.

II. In welchen Fällen ist die Bescheinigung vorgeschrieben?

§. 7.

A) Zur schnellen Abwendung einer dringenden Gefahr.

Es wird zur bessern Beurtheilung des Wesens und Umfangs der Bescheinigung nicht unzweckmäßig seyn, die Fälle, in welchen sie vorgeschrieben ist, zusammenzustellen. Bereits oben ist bemerkt, daß hier zwei Klassen unterschieden werden müssen, deren eine die Fälle begreift, in denen ein förmliches Beweisverfahren wegen der Gefahr, die auf jedem Verzug haften würde, nicht möglich wäre, die andere aber diejenigen Fälle enthält, wo zur Beantragung einer wenig präjudicirlichen Maßregel, die man aber nicht ohne irgend einen Schein ihrer Nothwendigkeit treffen will, im Interesse der Zeit- und Kostenersparniß, ein förmliches Beweisverfahren umgangen werden soll [85]).

---

84) Nicht aber kann dies soweit ausgedehnt werden, daß auch zur Justificationserklärung eine Cautionsbestellung hinreichend wäre. Der Impetrant hatte mittlerweile Gelegenheit, seine Bescheinigung zu vervollständigen, und kann daher jetzt auf dieses, durch die Noth herbeigeführte und auf Nothfälle beschränkte Auskunftsmittel nicht mehr zurückgreifen. Mittermaier a. a. O. IV. p. 244.

85) Puchta a. a. O. p. 302. 303. — Mittermaier a. a. O. p. 194.

Die erste Klasse, von der hier zunächst die Rede ist, begreift folgende Fälle unter sich:

I. den unbedingten Mandatsproceß.

Ohne hier näher in die bekannte Streitfrage einzugehen, welche Gründe ein unbedingtes Mandat rechtfertigen, muß hier nur auf den wesentlichen Unterschied aufmerksam gemacht werden, welcher zwischen einem Mandat stattfindet, das auf öffentliche Urkunden hin verlangt wird, und dem, welches im Fall eines periculum in mora als provisorischer Befehl erwirkt wird [36]. Im ersten Falle hat der Implorant schon einen vollen Beweis für sich [37], es liegt also derselbe außer dem Zweck dieser Abhandlung. Im letzten Falle muß mit der Klage zugleich die Bescheinigung derselben beigebracht werden [38]. Hier wirkt aber die Bescheinigung nur so weit, als es die abzuwendende Gefahr bedingt, nämlich sie rechtfertigt die Erlassung einer vorsorglichen Verfügung. In der reinen Form dieser Proceßart endet auch damit gewissermaßen der Rechtsstreit, indem der Implorat entweder in der Tagfahrt ad docendum de paritione sich über die Befolgung des Befehls ausweis't, oder andernfalls durch ein mandatum de exequendo dazu gezwungen wird. Wenn er aber Einsprache dagegen erhebt, so bleibt die Sache nur dann im Wege des unbedingten Mandatsprocesses, wenn er die hier zuläßige [39] exceptio non rite formati processus vorschützt. Er kann hiebei entweder einfach darauf hinweisen, daß die Bedingungen zur Erlassung des Mandats, z. B. die Bescheinigung der Gefahr u. s. f. nicht vorhanden seyen, oder er kann diesen Widerspruch seinerseits durch Bescheinigung (Gegenbescheinigung) unterstützen.

---

36) Martin a. a. O. §. 245.

37) Insofern übrigens auch hier wenigstens die Agnition der Urkunde wegfällt, ließe sich gleichfalls von einer Bescheinigung reden. Vergleiche unten §. 9.

38) Reichsabschied v. J. 1594 §. 79 und vom Jahr 1654 §. 79.

39) Bayer a. a. O. II. §. 12. p. 35.

Hier wird dann gleichfalls wieder, ohne daß es zu einem wahren Beweisverfahren kommen kann, der Proceß definitiv erledigt. Schützt er aber besondere Einreden vor, wodurch ein wahres contradictorisches Verfahren veranlaßt wird, so geht der unbedingte Mandatsproceß — weil nun bloße Bescheinigung nicht mehr hinreichen kann — in den unbestimmt summarischen über [39 a]. Hier kann dann auf Beweis erkannt werden, und zwar je nach den Umständen entweder dem Imploranten der Beweis der Klage oder dem Imploraten der Beweis der Einreden auferlegt werden [40]. Nur darf nicht außer Acht gelassen werden, daß hier, wo bereits ein contradictorisches Verfahren statt findet, folglich seiner Zeit ein wahres Urtheil erlassen wird, eine bloße Bescheinigung nicht genügt, somit stets auf Beweis, nicht auf Bescheinigung erkannt wird [41].

II. Possessorium summarium.

Die Streitigkeiten über den jüngsten Besitz begründen kein eigenthümliches Verfahren; denn entweder bescheinigt der

---

39 a) Daß diese Behauptung nicht den Sinn habe, als könne man nun gar nicht mehr von einem bestimmt summarischen Processe reden, versteht sich von selbst, da die Beschränkung im Gebrauch der Vertheidigungsmittel immer noch einen charakteristischen Unterschied bildet. Nur so viel soll damit angedeutet seyn, daß in Bezug auf das Beweisverfahren nun lediglich die Grundsätze des unbestimmt summarischen Processes zur Anwendung kommen.

40) Jüngster Reichsabschied §. 78. 80.

41) Der §. 80 des J. R. A. sagt dies deutlich, indem nach §. 79. das Gesuch um ein Mandat „etlichermaßen bescheinigt" seyn soll, und doch nach §. 80. „bei Decision der ganzen Sache" der Fall als möglich unterstellt wird, daß Implorant seine Behauptungen noch weiter — „gleich anfangs" i. e. primo loco — zu verificiren (d. h. die Bescheinigung in Beweis zu verwandeln) oder der Beklagte „seine eingewendeten exceptiones sub- et ob-reptionis zu beweisen habe.

Kläger in der Klage die jüngste Besitzhandlung von seiner Seite und die eigenmächtige Störung von Seiten des Gegners, und somit die Gefahr von Gewaltthätigkeiten, dann tritt der unbedingte Mandatsproceß ein [42]) und es gilt somit alles, was so eben von jener Proceßart gesagt wurde. Oder dies ist nicht der Fall, dann tritt sofort der unbestimmt summarische Proceß ein. Mit der Anerkennung dieser Unterscheidung verschwindet auch die Controverse, ob bei Streitigkeiten über den jüngsten Besitz bloße Bescheinigung genüge, oder Beweis erfoderlich sey [43]).

III. **Arrestproceß.**

Der Arrestproceß, wie er sich durch die Praxis und die Lehren der Schriftsteller ausgebildet hat, setzt gleichfalls voraus, daß die zu sichernde Foderung und die Arrestgefahr gleich in der Klage bescheinigt werde [44]). Consequent wäre es gewesen, wenn man das fernere Verfahren lediglich nach den oben vom unbedingten Mandatsprocesse vorgetragenen Regeln behandelt hätte, wobei dann eben so gut ein Beweiserkenntniß vorkommen könnte [45]), die Praxis und die neuern Gesetzgebungen [46]) haben aber einen andern Weg eingeschlagen, indem diese Proceßart nie in den unbestimmt summarischen übergehen kann. Vielmehr können auch in der Rechtfertigungs-

42) Das conc. tit. 22. §. 5. der neuen Kammergerichtsordnung v. J. 1615 sagt in diesem Betreff: „doch soll angeregter metus armorum, auch die vorstehende Gefahr und procinctus partium, etlichermaßen und summarie, aus derhalben ergangenen Missiven und hierüber aufgerichteten Instrumenten zuvor dargethan und beschienen werden.“

43) Gensler Commentar zu Martin (ed. Morstatt) B. II. p. 39. — Vergleiche auch Bayer a. a. O. B. II. §. 67. p. 167. 168. — Gönner a. a. O. IV. No. LXXXI. §. 27. p. 463. 464.

44) Bayer a. a. O. §. 32. p. 70.

45) In keinem Fall aber ein Erkenntniß auf Bescheinigung, wie Heffter u. Martin a. a. O. behaupten.

46) Z. B. Badische Proceßordnung §. 693. 694.

tagfahrt beide Theile keine Beweise antreten, sondern sich nur der Bescheinigung bedienen, und es wird dann sofort über die Statthaftigkeit und Wiederaufhebung des Arrestes erkannt [47]).

§. 8.

B) Zur Ersparung von Zeit und Kosten.

In den Fällen der zweiten Klasse soll die Bescheinigung, wie bereits mehrmals erwähnt wurde, die Stelle des förmlichen Beweises zunächst um deßwillen vertreten, um Zeit und Kosten zu ersparen. Aber auch hier macht sich überall die Regel wieder geltend, daß sie nirgends ausreichen könne, wo der Dritte, gegen den die beantragte Verfügung unmittelbar oder mittelbar gerichtet ist, einen wirklichen Nachtheil aus derselben erleiden könnte, und somit zur Vertheidigung zugelassen werden muß. Es hat der Widerspruch des Letztern — ähnlich wie bei der ersten Klasse — immer die Folge, daß das Verfahren in den unbestimmt summarischen Proceß übergeht und der Bescheinigungspflichtige beweispflichtig wird. Um dies anschaulicher machen, werde ich jenen Uebergang in den einzelnen Fällen besonders erörtern.

Hierher ist zu rechnen:

I. der bedingte Mandatsproceß.

Wer seine Ansprüche — ohne Rücksicht auf eine vorhandene Gefahr ihres Verlusts — bescheinigen kann, darf ein bedingtes Mandat verlangen [48]), wo dann dem Beklagten aufgegeben wird, entweder den Kläger zu befriedigen, oder binnen einer bestimmten Frist „causales einzubringen." Wenn der Beklagte dem Befehle Folge leistet oder schweigt, endet die Sache wie beim unbedingten Mandatsproceß, wenn er

---

47) Bayer a. a. O. §. 37. p. 76. 77.

48) Bayer a. a. §. 16. p. 46.

aber Einwendungen vorbringt, geht sie in den ordentlichen oder unbestimmt summarischen Proceß über [49].

II. der Provocationsproceß.

Die Regel, daß Niemand zum Klagen gezwungen werden könne, darf nach allgemeinen Rechtsprinzipien nicht ohne ganz erhebliche Gründe verletzt werden, es war daher billig, daß der Gesetzgeber die nackte Anführung „es liege ein Ausnahmsfall vor" nicht für genügend ansah, und daher die Bescheinigung derselben vorschrieb [50]. Sie ist jedoch nur zur Erwirkung des Provocationsdecrets erforderlich. Sobald der Provocat die Diffamation beabredet, somit Einsprache gegen dies Decret erhebt, wird im unbestimmt summarischen Processe weiter verhandelt, und sodann endlich oder auf Beweis erkannt [51].

III. Interventionsproceß.

Daß der (Haupt- oder Neben-) Intervenient zugleich mit der Interventionsklage auch die Bescheinigung seines Interesse beibringen müsse, ist sowohl von Schriftstellern behauptet [52] als von neuen Gesetzgebungen vorgeschrieben [53]. Auch ist solches gewiß — wenn sich gleich gemeinrechtlich hierfür kein Gesetz anführen läßt — in der Natur der Sache begründet. Die Einmischung eines Dritten in einen anhängigen Rechtsstreit ist so unbequem für die Parthien, welche gewöhnlich ihren Streit nun längere Zeit ruhen lassen, und sich mit einem neuen Gegner befassen müssen, daß es billig erscheint, daß der Richter diese unberufene Einmischung nur

49) Mittermaier a. a. O. IV. p. 221.

50) Kammer-Gerichtsordnung v. J. 1555 II. 25.

51) Jüngster Reichsabschied §. 83. Nach Erkennung der Processe aber soll vor allem die Diffamation vollkommlich erwiesen werden.

52) Dr. J. J. F. Lang die Interventionen. Landshut 1826 §. 8. p. 14. u. §. 52. p. 52.

53) Badische Proc. O. §. 100. 104.

dann zuläßt, wenn jener Dritte wahrscheinlich gemacht hat, daß ihm ohne jene Einmischung aus der Fortsetzung des Processes ein Nachtheil (im weitern Sinn)[54] erwachsen würde. Aber natürlich auch nur so weit reicht die Wirkung der Bescheinigung, daß der Richter die Interventionsschrift dem Intervenienten zur Erklärung mittheilt. Wird dann das Interventionsrecht beanstandet, so wird das weitere Verfahren im Wege des unbestimmt summarischen Processes geführt, und nöthigenfalls auf Beweis des zur Intervention berechtigenden Interesse interloquirt[55].

IV. Urkunden-Editionsproceß.

Um die rechtmäßigen Besitzer von Urkunden vor ärgerlichen Vexationen zu schützen, und Verzögerungen vor Processen durch Einmischung grundloser Incidentstreitigkeiten zu verhindern, behauptet man gewöhnlich, daß die Parthie, welche ein Editionsgesuch anstellt, den Besitz der Urkunde in der Hand des Gegners bescheinigen müsse[56]. Allein da die

---

54) Vergl. meine Abhandlung im 24sten Band p. 423. u. f. dieses Archivs.

55) cp. 38. X. de test. (2. 20.) — — cum igitur super his aliquandiu disceptassent, interlocuti fuimus, ut dictus P., si posset, in continenti suam intentionem fundaret: qui cum super hoc testes et instrumentes produxerit interloquendo pronunciavimus, quod sua interesset, ut se posset opponere Archidiacono memorato. Offenbar ist hier von mehr, als einer bloßen Bescheinigung die Rede, da ein Beweis-Interlocut gegeben, sodann eine Anzahl Zeugen producirt, und schließlich ein Urtheil über diesen Incidentpunkt erlassen wird. Dagegen scheint auch aus dieser Stelle zu erhellen, daß die Interventionsklage hier ohne alle Bescheinigung zugelassen wurde, und erst nachdem die Partheien „aliquandiu disceptassent," ein Beweis-Interlocut erfolgte. Wenn man auch daraus folgern kann, daß damals zur Anstellung einer Interventionsklage keine Bescheinigung verlangt wurde, so ist jetzt doch eine entgegengesetzte Praxis herrschend.

56) Mittermaier in diesem Archiv 9ter Band p. 381. — Martin a. a. O. § 317. — Linde a. a. O. §. 380.

Gesetze dies nicht vorschreiben, und die Möglichkeit vexatorischer Streitigkeiten keinen Ausschlag geben kann, weil sie überall im Gebiete des Processes eintritt, so wird man richtiger eine Bescheinigung nicht verlangen [57]. Wenn man übrigens solche für nöthig hält, so ist sie natürlich nur soweit erforderlich, um der Editionsklage Eingang zu verschaffen. Der weitere Verlauf des Rechtsstreits bewegt sich — wie im vorhergehenden Falle — in den Formen des unbestimmt summarischen Processes.

V. **Beweis zum ewigen Gedächtniß.**

Wenn die Gefahr, ein Beweismittel zu verlieren, nöthig macht, daß ein Beweis erhoben werde, ehe der Proceß selbst eingeleitet ist, so verlangt — wenigstens die Praxis — nicht mit Unrecht die Bescheinigung dieser Gefahr [58].

VI. **Fristgesuche.**

Um dem Unfuge allzuhäufiger Fristgesuche zu steuern, haben die Reichsgesetze vorgeschrieben, daß prorogationes prorogationum nur aus hinreichenden Gründen zugelassen werden sollen, und daß dieser Grund bescheinigt seyn müsse [59].

VII. **Wiederherstellungsgesuche.**

Aus den gleichen Motiven nimmt man auch gewöhnlich an, daß der Grund, auf den ich Wiederherstellung gegen einen Rechtsnachtheil verlange, der in Folge meiner Versäumniß ausgesprochen wurde, bescheinigt seyn müsse [60]. Aber richtiger ist es wohl, zur Begründung einer solchen Restitution sich damit nicht zu begnügen. Die Reichsgesetze [61]

57) Bayer, a. a. O. B. I p. 389. — Glück Erläuterungen zu den Pandecten, 22ster Band, p. 124. 125.

58) Martin a. a. O. §. 315. — Bayer a. a. O. I., p. 445.

59) Dep. Absch. v. J. 1600 §. 84. — Jüngster R. Absch. §. 50. 103.

60) Gensler in diesem Archiv B. 4. p. 117. — Schneider a. a. O. Th II. §. 428. p. 243. — Puchta a. a. O. p. 303.

61) D. A. v. J. 1600. §. 85. — „quibus lapsis jus parti quaesitum, quo stante ulterius quasi re integra procedi nequit.“

sprechen den ganz richtigen Satz aus, daß durch die Präclusion des Ungehorsamen dessen Gegner ein wohlerworbenes Recht erlange. Daraus folgt, daß solches der Parthie durch eine einfache bescheinigte Wiederherstellungsbitte nicht wieder „brevi manu“ entzogen werden könne, sondern daß über dieses Incidentverfahren im Wege des unbestimmt summarischen Processes verhandelt und entschieden werden müsse [62].

VIII. Geltendmachung von Beweis-Einreden.

Ebensowenig läßt es sich rechtfertigen, wenn Einige [63] auch für das Incidentverfahren, welches durch die Geltendmachung von Beweis-Einreden (z. B. der Einrede, daß der Zeuge bestochen sey) im ordentlichen Verfahren vorzukommen pflegt, eine Bescheinigung für hinreichend halten. Es handelt sich hier nicht um eine für die Entscheidung des Hauptprocesses unpräjudicierliche Verfügung, vielmehr ist die Erheblichkeit einer Beweis-Einrede für das Ergebniß des Rechtsstreits oft entscheidend. Da die Gesetze nirgends aussprechen, daß hier eine bloße Bescheinigung genüge, und da nach der Natur der Sache eine solche nicht ausreichen kann, so muß richtiger behauptet werden, daß hier ebenfalls die Grundsätze des unbestimmt summarischen Processes zur Anwendung kommen.

II. Von den einzelnen Bescheinigungsmitteln und der Art ihres Gebrauchs.

§. 9.

1) Urkunden.

Es leuchtet ein, daß dieselben Mittel welche zur Herstellung eines Beweises dienlich sind, im Allgemeinen auch zur Begründung einer Bescheinigung dienen können. Dagegen wurde schon im §. 5. darauf hingewiesen, daß die Eigenthümlichkeiten der Bescheinigung auch eine veränderte Art

---

62) D. A. v. J. 1600 §. 85. — „causa cognita et auditis testibus.“
63) Puchta a. a. Orte p. 303.

ihres Gebrauchs zur Herstellung einer juristischen Gewißheit bedingen. Die gewöhnlichste Art der Bescheinigung geschieht durch Urkunden, und es wird in den folgenden Paragraphen gezeigt werden, daß auch die übrigen Beweismittel z. B. Zeugen, Sachverständige, Augenschein u. s. w. meist in schriftlichen Urkunden beigebracht werden müsse, wenn sie als Bescheinigungsmittel dienen sollen [64]).

Hier soll nun zunächst von der Bescheinigung durch Urkunden im eigentlichen (engern) Sinne geredet werden.

Daß alle Arten derselben zugelassen werden müssen, sprechen die Reichsgesetze bestimmt aus, indem sie den allgemeinen Ausdruck „durch schriftliche Urkunde" gebrauchen [65]).

1) Was zunächst die öffentlichen Urkunden betrifft, so kann ihre Zulässigkeit um so weniger beanstandet werden, als sie an sich den allerkräftigsten Beweis liefern, daher auch das minus der bloßen Bescheinigung begründen müssen. Aber auf der andern Seite zeigt ein Blick in das Wesen unserer

---

64) Gerade dieses Vorherrschen der Wahrscheinlichmachung durch schriftliche Aufsätze hat den Sprachgebrauch erzeugt, wornach auch einige andere Beweisformen, wobei von einer wahren Bescheinigung nicht die Rede ist, mit diesem Namen belegt werden. So redet man von einer „Insinuations-Bescheinigung," von der „Bescheinigung der Proceß-Legitimation durch Vorlage der Vollmachtsurkunde" u. s. w. Im ersten Falle liegt ein Beweis durch eine öffentliche Urkunde vor, indem der Gerichtsbote für diese Art der Beurkundung eine vollbeweisende fides publica genießt. Im zweiten Falle wird in der Regel die Proceßlegitimation durch Vorlage einer Privaturkunde (der Vollmacht) nachgewiesen, und man pflegt ein Productionsverfahren über deren Aechtheit zu umgeben. Dennoch aber muß die Legitimation zur Proceßführung nicht blos bescheinigt, sondern bewiesen seyn, und daher ein weiteres Verfahren eingeleitet werden, wenn der Gegner sich bei der vorgelegten Vollmacht nicht beruhigt.

65) Kamm. Ger. O. v. J. 1555 Th. II. §. 25. — Jüngst. R. A. §. 83.

Lehre, daß nur selten eine Bescheinigung durch öffentliche Urkunden vorkommen wird, weil in den Verhältnissen, in welchen solche anwendbar ist, nicht leicht für eine öffentliche Beurkundung gesorgt werden kann. Indeß ist es doch immer denkbar z. B. wenn im Arrestprocesse die Forderung durch eine öffentliche Urkunde constatirt werden kann. Bei dem Gebrauch dieses Bescheinigungsmittels folgt aus dem im §. 5. entwickelten Grundsatze, daß der Gegner nicht zur Agnoscirung der Urkunde vorgeladen wird. Ebenso folgt aus dem im §. 2. aufgestellten Satze, daß die öffentliche Urkunde auch dann noch eine hinreichende Bescheinigung geben kann, wenn sie an formellen Gebrechen leidet. Es kann hierüber keine nähere Auseinandersetzung gegeben werden, vielmehr muß immer die Grundregel entscheiden, daß die fehlerhafte Urkunde so lange als hinreichende Bescheinigung gelten müsse, als sie dem Richter noch den nöthigen Grad von Wahrscheinlichkeit gibt.

2) Bei Privaturkunden, deren Zulässigkeit gleichfalls nicht dem mindesten Zweifel unterliegt, ist der Mangel des Productionsverfahrens besonders wichtig. Es folgt nämlich daraus, daß solche eine hinreichende Bescheinigung geben können, ohne daß der Product über ihre Aechtheit gehört ist, oder überhaupt nur gehört wird. Dieser Satz ist sowohl in den neuen Gesetzbüchern, als von den Schriftstellern unbedingt anerkannt [66]).

Aber so allgemein hienach angenommen wird, daß noch nicht anerkannte in Urschrift beigebrachte Privaturkunden eine hinreichende Bescheinigung liefern, so wenig läßt sich dieser Satz unbedingt hinstellen, auch hier entscheidet allein die

66) Oestreich. Gerichts O. §. 276. — Bad. Proc. O. — §. 395. — Bair. Entwurf v. J. 1827 §. 218. — Gönner a. a. O. B. IV. No. LXXIX. §. 14. p. 317. u. f. — Spangenberg a. a. O. Abth. 2. p. 44. — Schneider a. a. O. II. §. 434. p. 245. — Puchta a. a. O. p. 305.

Rücksicht, daß sie nur genügen, wofern sie die verlangte Wahrscheinlichkeit geben. Der Richter hat hiebei aus der Persönlichkeit des Producenten, aus den Verhältnissen, in welchen der Product zu ihm steht, aus den Umständen des Falls u. s. w. die Gründe herzunehmen, welche der Urkunde ihre bescheinigende Kraft gewähren. Wenn also ein notorisch Armer gegen einen Reichen eine Urkunde über ein bedeutendes Darlehen producirt, oder wenn die vorgelegte, dem Producten zugeschriebene Urkunde durch den Stil und die Schrift dem Letztern, nach dem Grad seiner Bildung, nicht zugeschrieben werden kann, so ist natürlich der Richter nicht verpflichtet, die behauptete Thatsache als bescheinigt anzunehmen. Dagegen werden auf der andern Seite Formmängel unter Umständen der Urkunde ihre Wirkung als Bescheinigungsmittel nicht entziehen, und sogar bloße Briefe oder außergerichtliche schriftliche Geständnisse können als zulässige Urkunden erscheinen.

3) Selbst Abschriften von Urkunden werden unbedenklich zugelassen, wenn sie beglaubigt sind [67]), und unter Umständen genügt sogar die Beglaubigung einer obrigkeitlichen Person, welche nicht innerhalb ihres Dienstkreises erfolgt ist [68]). Man darf selbst so weit gehen, einfache, unbeglaubigte Abschriften als hinreichend anzunehmen [69]). Freilich ist dies letztere Bescheinigungsmittel in sich

67) Gönner a. a. O. p. 317. — Schneider a. a. O. §. 429. p. 244. — Bayer a. a. O. II., §. 57. Note I. p. 134. — Glück Erläut. B. VI. p. 491.

68) Schneider §. 429. — Puchta's Gegenbemerkung (a. a. O. p. 305.) daß eine solche obrigkeitliche Beglaubigung, die nicht von amtswegen geschehe, nur als Privatzeugniß gelte, ist zwar richtig, aber nicht erheblich. Auch Privatzeugnisse, von Privatpersonen ausgehend, werden zugelassen (§. 10.), warum sollte man Privat-Attestationen der öffentlichen Beamten nicht noch weit mehr zulassen?

69) Gönner a. a. O. p. 318. — Spangenberg a. a. O. p. 44. — Puchta a. a. O. p. 305.

trüglich, und seine Zulassung wird nur in seltenen Fällen keinen Anstand finden [70]. Es würde aber gewiß z. B. einen hinreichenden Grad von Wahrscheinlichkeit geben, wenn die unbeglaubigte Abschrift eines Lagerbuchs vorgelegt würde, die aus einer längst vergangenen Zeit herrührte, stets unter den wichtigen Papieren einer Gemeinde aufbewahrt wurde, und deren Inhalt im Allgemeinen mit den Umständen übereinstimmte.

4) Endlich können auch Handelsbücher, Hausaufzeichnungen der Eltern, Kundenbücher der Handwerker und Wirthe, Deservitenbücher der Anwälte und Aerzte, natürlich nur beim Vorhandenseyn der oben genannten Bedingungen, als Bescheinigungsmittel benützt werden [71].

§. 10.

2) Zeugen.

In Bezug auf die Zeugen tritt zwischen Bescheinigung und Beweis wieder ein großer Unterschied hervor, weil im Beweisverfahren die Zeugen nur benannt und erst in der Folge abgehört werden, während die Bescheinigung gleich beigebracht werden soll. Daraus folgt zunächst, daß es nicht als Bescheinigung gelten könne, wenn sich der Implorant blos auf Zeugen beruft, ohne deren Aussage zugleich beizubringen [72]. Ebenso folgt daraus daß die Zeugen, de-

70) Viel zu weit geht Gensler (Comm. p. 51.) wenn er Abschriften unbedingt zuläßt.

71) Gönner a. a. O. p. 318. — Schneider a. a. §. 249. u. f. — Bair. Entw. v. J. 1827 §. 218.

72) Gensler Comm. p. 63. — Wenn Mittermaier (a. a. O. p. 273. und 1ste Ausgabe p. 219.) anderer Ansicht ist, (wenigstens für das possessorium summarium und den Provocationsproceß) so kann ich dies nur für den Fall von Besitzstreitigkeiten gelten lassen, welche nicht im Wege des unbedingten Mandatsprocesses, sondern im unbestimmt summarischen Verfahren verhandelt werden. Andernfalls, sowie bei Provocationen, scheint

ren Aussagen zum Zweck der Bescheinigung beigebracht werden, nicht beeidigt zu seyn brauchen[73]), denn sonst wäre die Anwendung dieses Bescheinigungsmittels sehr beschränkt. Natürlich kommt hier alles auf die Persönlichkeit des Zeugen an[74]), die unter Umständen gewiß so ausgezeichnet seyn kann, daß dessen Aussage einer beeidigten gleich zu achten ist[75]). Unter gleichen Voraussetzungen kann selbst die Aussage eines verdächtigen Zeugen[76]) als hinreichend angenommen werden. Endlich bedarf es keiner besondern Ausführung, daß auch die Aussage eines einzigen Zeugen hinreicht, da es sich hier um einen geringern Grad von Wahrscheinlichkeit handelt, und solcher durch die Aussage eines Zeugen wohl geliefert werden kann.

Was die Art betrifft, wie die Zeugnisse beigebracht werden können, so sind verschiedene Wege denkbar:

1) Es können gerichtliche Zeugenverhöre vorgelegt werden, indem sich entweder der Producent auf Acten beruft, die sich in der Verwahrung des Gerichts befinden, oder einen andern Richter znr Einvernahme der Zeugen bestimmt, und das darüber aufgenommene Protocoll vorlegt[77]). Freilich wird die letztere Art der Production von Zeugnissen nur selten seyn, da ein nicht competenter Richter eine derar-

---

mir dies, als dem Wesen der Bescheinigung widersprechend, unzulässig, da ja die Benennung der Zeugen an sich gar keine Wahrscheinlichkeit giebt.

73) Gönner a. a. O. p. 318. Derselbe Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren Band I. Buch III. cp. 4. §. 5. — Spangenberg a. a. O. p. 43. — Schneider §. 430. p. 244. — Puchta p. 305.

74) Schneider §. 240. p. 139.

75) Keine Billigung verdient es daher, wenn der Bair. Entw. v. J. 1827 §. 218. und nach ihm die Bad. Proc. O. §. 395. stets eine eidlich bestärkte Zeugenaussage verlangen.

76) Bad. Proc. O. §. 395.

77) Mittermaier a. a. O. p. 278.

tige unförmliche Zeugen-Einvernahme ablehnen wird. Indeß kann der Gerichtsgebrauch einzelner Länder oder der Schlendrian des Gerichts oft einer solchen Bitte Eingang verschaffen.

2) Die Abhör der Zeugen geschicht vor einem Notar, eine Art der Einvernahme, welche besonders bei reichsständischen possessorischen Streitigkeiten früher sehr üblich war [78]. Da diese Verfahrungsart, nach der Competenz der Notare, auch heutzutage noch zulässig ist, so steht derselben nichts im Wege [79].

3) Das Beibringen einer schriftlichen Erklärung des Zeugen. Sie muß entweder öffentlich beglaubigt seyn, oder es sind wenigstens alle die Vorsichtsmaßregeln zu beobachten, welche in Bezug auf Privaturkunden im vorhergehenden Paragraphen genannt wurden [80].

4) Mitbringen der Zeugen vor das Gericht zur sofortigen Abhör [81]. Natürlich findet dies nur statt, wenn das Gesuch selbst mündlich angebracht wird. Unter dieser Voraussetzung ist es aber gleichgültig, ob Implorant die Zeugenaussagen schriftlich mitbringt, oder zugleich mit seinem Klagvortrag dieselben in das Protocoll aufzeichnen läßt.

§. 11.

3) Sonstige Bescheinigungsmittel.

I. Sachverständige.

So weit es sich um die Beurtheilung technischer Fragen handelt, so weit also im gewöhnlichen Verfahren Sachver-

78) Gönner Entwurf Band II. Buch III. cp. 2. §. 2. — Bayer II. §. 67 Note 2.

79) Mittermaier p. 273. — Bayer II. §. 57. Note 1. p. 134.

80) Gönner Handbuch IV. p. 318. — Derselbe Entwurf I. Buch III. cp. 4. §. 5. — Schneider §. 431. p. 244. — Puchta p. 305. — Spangenberg p. 43.

81) Gönner Entwurf Band I. Buch III. cp 4. §. 5.

ständige als Beweismittel vorkommen, so weit können solche auch zur Bescheinigung gebraucht werden. Der Unterschied in der Art ihres Beizugs besteht darin, daß hier der Beweisführer einseitig und außergerichtlich sich bei Männern vom Fach Raths erholt, und ein schriftliches Gutachten derselben seinem Gesuche beilegt [82].

Nicht leicht wird dagegen der Fall vorkommen, daß der Bescheinigungspflichtige die Experten persönlich mit zu Gericht nimmt, und dann mit seinem mündlichen Gesuch auch das Gutachten derselben zu Protocoll giebt. Indeß undenkbar ist die Sache nicht, und man wird dies in gleicher Ausdehnung zulassen müssen, wie im vorhergehenden Paragraphen von den Zeugen gesagt ist.

II. Augenschein.

Sehr beschränkt ist die Anwendung des Augenscheins, indem ein gerichtlicher Augenschein, soll er anders einen vernünftigen Zweck haben, von dem competenten Richter selbst vorgenommen werden muß, und der bloße Antrag auf Beaugenscheinigung an sich noch keine Wahrscheinlichkeit giebt. Indeß zählt die Theorie unter die Bescheinigungsmittel auch einen einseitig ausgewirkten, vorläufig ohne vollständige Beobachtung der gesetzlichen Formalitäten aufgenommenen, richterlichen Augenschein [83].

Nur mit großen Einschränkungen kann ich diesen Satz gelten lassen. Wenn der Augenschein in einem fremden Gerichtsbezirk aufzunehmen ist, und ich den betreffenden Richter zu dessen Vornahme bestimmen kann, so ist mir freilich gestattet, das darüber aufgenommene Protocoll meinem Gesuche als Bescheinigung beizuschließen. Handelt es sich aber um einen Augenschein, der im Bezirk des Gerichts vorgenommen

82) Schneider §. 432. p. 245. — Puchta p. 305. — Spangenberg p. 43.

83) Schneider §. 433. p. 245. — Puchta p. 305. — Spangenberg p. 44. — Gönner Handbuch IV. p. 325. §. 16.

werden soll, so ist solcher nur da möglich, wo die zu besichtigende Sache entweder vor Gericht mitgenommen werden kann, oder wenigstens so nahe beim Sitze desselben sich befindet, daß der Richter ohne Unterbrechung — gewissermaßen **uno actu** — mein Gesuch aufnehmen, und den Gegenstand besichtigen kann [84]. Soll aber z. B. ein Grundstück eingesehen werden, was eine Stunde oder weiter vom Sitze des Gerichts entfernt ist, so daß der Richter eine Reise zu demselben unternehmen muß, so ist der Augenschein als Bescheinigungsmittel nicht zulässig, weil ich hier nicht im Stande bin, zugleich mit meinem Vortrag die behaupteten Thatsachen wahrscheinlich zu machen, vielmehr hierzu eine besondere Verfügung und Thätigkeit des Gerichts erforderlich ist.

III. Eideszuschiebung.

Daß die Zuschiebung eines Eides, welche an sich keine Wahrscheinlichkeit begründet, als Bescheinigungsmittel nicht benützt werden kann, ist ziemlich allgemein anerkannt [85], und so einleuchtend, daß darüber nichts weiteres zu sagen ist.

IV. Vermuthungen.

Künstliche, aus Vermuthungen zusammengesetzte Beweise sind im ordentlichen Processe selten, und von bestrittener Anwendbarkeit [86], aber in der Lehre von der Bescheinigung spielen sie eine bedeutende Rolle. Schon die Reichsgesetze nennen neben den schriftlichen Bescheinigungen die „glaub-

---

84) Wohl mehr hieran, als an eine eigentliche Gerichtskundigkeit dachte das Conc. der Kamm. G. O. Tit. 22. §. 5 bei den Worten: „oder der Richter aus eigener Wissenschaft deß Bericht haben. —"

85) Glück Commentar, Band VI. p. 491. — Bayer II. §. 57. p. 134. — Mittermaier p 273. — Spangenberg p. 144. — Vergleiche jedoch auch Lang Interventionen §. 8. p. 14.

86) Gönner Handbuch, Band II. No. XXXVII §. 22. 23.

lichen Anzeigen"[87]), und mit Recht bemerkt Gönner[88]), daß die Wahrscheinlichkeit hier oft auf bloßer Verkettung solcher Umstände beruht, welche in Verhältnissen, die gar keiner Bescheinigung fähig sind, einwirken. So kann z. B. die Arrestgefahr schon durch die Eigenschaft des Schuldners als durchreisender Ausländer, der Receß des Kassenbeamten daraus wahrscheinlich werden, daß er sich vor der Rechnungsablage heimlich entfernt[89]).

Freilich lassen sich hier keine bestimmten Regeln geben, vielmehr ist der Richter lediglich auf die Grundsätze der Logik und seine practische Erfahrung verwiesen.

§. 12.

Schluß.

Das Ergebniß dieser Abhandlung, welche in manchen Punkten von der gewöhnlichen Theorie abweicht, wäre hiernach, um es kurz zusammenzufassen, folgendes:

I. „Die Bescheinigung ist eine eigenthümliche Form des „Beweises, die der meisten Garantien des Beweisverfahrens im ordentlichen oder unbestimmt summarischen „Processe entbehrt, und daher nur da, und nur so weit „zulässig ist, als es sich um Feststellung eines provisorischen Zustandes, oder Ergreifung einer für die „Gegenparthie unschädlichen Maßregel handelt."

II. „Sie ist durch die Art der Benützung der Beweismittel vom Beweise wesentlich verschieden, indem jene „gleich mit dem Vortrag der Thatsachen verbunden „und geeignet seyn müssen, dem Richter, ohne daß die „Gegenparthie darüber gehört wird, die aufgestellten „Behauptungen wahrscheinlich zu machen."

---

87) Kammer Ger. O. v. J. 1555 II., 25. — Jüngst. R. Absch. §. 50. 83. — Badische Proc. O. §. 395. — Bair. Entw, v. J. 1825 §. 735 u v. J. 1827 §. 218.

88) Gönner Handbuch IV. No. LXXIX. §. 14. p. 319.

89) Gönner Entwurf Bd. II. Buch III. cp. 4. §. 5.

III. „Die Bescheinigung ist für alle Fälle, in denen die „Gesetze oder die Praxis sie zulassen, ein und dieselbe. „Man kann nicht je nach den Verhältnissen des ein„zelnen Falls mehr oder weniger verlangen, doch kann „eine mangelhafte Bescheinigung unter Umständen durch „Bestellung einer Sicherheit ergänzt werden."

IV. „Wenn die Bescheinigung zur Unterstützung des An„trags auf eine provisorische Verfügung beigebracht „wird, so reicht ihre Wirkung nicht weiter, als bis zur „Erlassung des beantragten Provisoriums. Werden „von der Gegenparthie Einreden vorgetragen, so daß „ein contradictorisches Verfahren sich entwickelt, so muß „der Beweispflichtige seine bescheinigten Behauptungen „durch Beweis unterstützen."

V. „Nur für provisorische Entscheidungen reicht die Be„scheinigung aus, auf solche kann nie ein wahres, der „Rechtskraft fähiges Urtheil gebaut werden."

III.

Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten.

Von

Wächter.

(Schluß).

§. 26.

Zur nähern Bestimmung und Erläuterung der im §. 25. begründeten Grundsätze (über Beurtheilung der Vermögensverhältnisse im Ganzen, der Erbfolge und der dinglichen